

# CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E AÇÃO COLETIVA: LEGITIMAÇÃO DA ASSOCIAÇÃO NA CONDIÇÃO DE SUBSTITUTA PROCESSUAL – TUTELA COLETIVA DOS INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

Kazuo Watanabe<sup>1</sup>

## SUMÁRIO

I – Código de Defesa do Consumidor e sistema brasileiro de Ação Coletiva; II – Extrema importância da legitimação da associação para ação coletiva; III – Legitimação da associação a título de representação e a título de substituição processual: - a) - Dois julgamentos do Supremo Tribunal Federal (RE 612.043-PR e RE 573,232-SC) concluindo que o art. 5º, XXI, da Constituição Federal consagra o instituto da representação processual; b) - Nesses dois julgamentos, o STF não negou a possibilidade da associação civil agir na condição de substituta processual; IV - Possibilidade de disciplina da substituição processual pela legislação ordinária; V - Dificuldades práticas relacionadas à ação coletiva de tutela de interesses individuais homogêneos; a) conceito de direitos individuais homogêneos; b) sentença “condenatória genérica”; VI – Projeto de lei n. 1.641/2021 e aperfeiçoamento do sistema brasileiro de ações coletivas

## I) CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E O SISTEMA BRASILEIRO DE AÇÃO COLETIVA

1. Uma das grandes transformações do direito processual brasileiro ocorreu na década 1.980 com a criação da ação coletiva de caráter geral. Inicialmente, para a tutela de **interesses difusos** (Lei de Ação Civil Pública – Lei n. 7.347/85) e posteriormente, em 1.990, também para a tutela coletiva de **interesses coletivos estrito senso** e de **interesses individuais homogêneos** (Código de Defesa do Consumidor - CDC - Lei n. 8.078/90, arts. 81 – 104).

Por disposição legal expressa (art. 80, CDC e art. 21, Lei n. 7.347/85), os dois estatutos legais se completam e formam o **microssistema de ações coletivas** do ordenamento jurídico brasileiro.

O Código de Defesa do Consumidor, em 1990, não se limitou a criar as mencionadas duas espécies de tutela coletiva e respectivo procedimento, mas cuidou também de disciplinar vários outros aspectos relevantes da ação coletiva, como (i) conceituação dos direitos e interesses difusos, coletivos estrito senso e individuais homogêneos (o que fez com

---

<sup>1</sup> Professor-Doutor Sênior da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça de São Paulo.

o objetivo pragmático de facilitar a aplicação do novo sistema legal pelos operadores do direito), (ii) competência, (III) coisa julgada e (iii) explicitação do princípio do cumprimento específico das obrigações de fazer ou não fazer.

## II) IMPORTÂNCIA DA LEGITIMAÇÃO DA ASSOCIAÇÃO PARA AÇÃO COLETIVA

2. Em ambos os estatutos legais ficou prevista a legitimação da associação que “*esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil*” e:

Inclua entre suas finalidades institucionais a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (Art. 5º, Lei 7347/85).

No Código de Defesa do Consumidor, que é posterior à Constituição Federal de 1.988, a legitimação da associação foi reafirmada nos mesmos termos, mas com pequena alteração de redação. O lapso temporal de um ano de existência foi mantido, bem como a finalidade institucional de defesa dos interesses e direitos protegidos pelo CDC, mas foi acrescentado que é “*dispensada a autorização assemblear*”. Essa última ressalva foi inscrita para deixar claro que a hipótese é de **substituição processual**, e não de **representação**, que é disciplinada no art. 5º, n. XXI, da CF, que exige a autorização expressa para representar os filiados judicial ou extrajudicialmente. Essa distinção será adiante abordada, com a análise de dois recentes julgados do Supremo Tribunal Federal.

3. Em dezembro de 1.982, num evento realizado sob o comando da saudosa Profa. ADA PELLEGRINI GRINOVER, tivemos a oportunidade de sustentar a legitimação ordinária da associação para a tutela jurisdicional de interesses difusos, argumentando com base em normas constitucionais então vigentes e na legislação ordinária a possibilidade de interpretação mais aberta do art. 6º do CPC 1973 (art. 18 do novo CPC) (“*Tutela Jurisdicional dos Interesses Difusos: a legitimação para agir*”, in “A Tutela dos Interesses Difusos”, coordenação de ADA PELLEGRINI GRINOVER, Ed. Max Limonad, 1984, págs. 85-97).

Felizmente, três anos depois, as dúvidas quanto à legitimação da associação deixaram de existir uma vez que foi expressamente admitida pela Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7347/85, art. 5º, n. V) na condição de substituta processual de seus membros e também de toda a coletividade, desde que esteja isto previsto como fim institucional em seu ato constitutivo e obedecido o requisito do prazo anual de existência. Essa legitimação foi

reafirmada pelo Código de Defesa do Consumidor em 1.990 para todas as espécies de ação coletiva (art. 82, n. IV).

4. No artigo escrito em 1982, acima citado, sustentamos que a Constituição então vigente, ao afirmar como um dos direitos fundamentais a **liberdade de associação**, não se limitou a inscrever uma mera norma de permissão e acrescentamos:

Cuida-se, na verdade, de enunciação do perfil que o Constituinte quis fosse efetivamente adotado pela sociedade civil. Sabemos que, para a realização de todos os objetivos e metas sociais colimados, o Estado não tem condições de agir sozinho e por isso convoca o auxílio de todos os membros da coletividade, procurando estimular a criação espontânea de corpos sociais que possam apoiar inúmeros propósitos. A Constituição, portanto, procura também esboçar o modelo de organização social, não se limitando a traçar apenas a estrutura político-institucional do Estado.

A Constituição de 1.988, no título respeitante a direitos e garantias fundamentais, cuidou da associação em cinco incisos (ns. XVII, XVIII, XIX, XX e XXI do art. 5º), revelando grande importância dada ao tema, que se conecta estreitamente com o objetivo fundamental de construção de “**sociedade livre, justa e solidária**”, enunciado no art. 3º, inciso I.

O inciso XXI, que consagra a legitimação da associação para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente, foi inscrito com o propósito de sublinhar a relevância da associação e de conferir constitucionalmente garantia para sua atuação, mas vem sendo interpretado, por alguns operadores do direito, como norma restritiva, havendo o risco de limitar a atuação da associação apenas a título de representação, com a supressão da possibilidade de agir na condição de substituta processual, como será examinado nas considerações mais em frente, quando da análise de duas decisões do Supremo Tribunal Federal.

A sociedade civil organizada e participativa é de fundamental importância para a tutela efetiva dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, pois poderá induzir a formação de nova mentalidade e sua atuação auxiliará o Estado no combate às práticas ofensivas a bens e valores coletivos. A formação de nova mentalidade, que além de propiciar maior coesão social na defesa dos valores relevantes à coletividade, contribuirá também na redução da necessidade de intervenção do Judiciário.

5. Ao término do evento de 1.982, acima mencionado, foi constituída uma Comissão para formular uma proposta legislativa de tutela jurisdicional dos interesses difusos. À época, existia a ação civil pública prevista na Lei n. 6.938, de 1981, que conferia a legitimação para agir exclusivamente ao Ministério Público da União e dos Estados. Na formulação da proposta de anteprojeto de lei, que após ampla discussão e aperfeiçoamentos com as sugestões recebidas de vários segmentos da comunidade jurídica, em especial do

Ministério Público, se converteu na Lei n. 7.347/85, a Comissão enfrentou vários aspectos a serem regulados e um dos mais importantes foi exatamente a ampliação da legitimação para agir, incluindo no rol de entes legitimados, além do Ministério Público e outras instituições públicas, também entes representativos da sociedade civil.

A proposta foi aprovada em 1985, na Lei da Ação Civil Pública, e confirmada em 1.990, no Código de Defesa do Consumidor.

Mas, por variados motivos, as associações vêm enfrentando inúmeras dificuldades e algumas delas serão mencionadas neste trabalho.

### **III) LEGITIMAÇÃO DA ASSOCIAÇÃO A TÍTULO DE REPRESENTAÇÃO E A TÍTULO DE SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL**

6. O tema da legitimação para agir da associação tem sido objeto de intensa discussão nos Tribunais. Uma das causas dessa discussão é a controvérsia em torno do inciso XXI do art. 5º da Constituição Federal, que foi inscrito com o propósito de sublinhar a grande importância da associação, e não com o propósito de estabelecer limites para sua atuação em juízo.

A análise que faremos de dois importantes julgados do Supremo Tribunal Federal, a respeito do tema da legitimação para agir da associação, pelo menos em nossa compreensão, não conduz a uma conclusão negativa, embora subsista grande dúvida quanto ao entendimento da Suprema Corte sobre a atuação da associação na condição de substituta processual, e não apenas na condição de representante, quando esse tema vier a ser objeto específico de julgamento.

Os julgamentos mencionados são os proferidos no RE 612.043-PR e RE 573.232-SC, que serão analisados a seguir.

#### **a) DOIS JULGAMENTOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ( RE 612.043-PR E RE 573.232-SC) CONCLUINDO QUE O ART. 5º, N. XXI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, CONSAGRA O INSTITUTO DA REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL**

7. Nesses dois julgamentos, o Supremo Tribunal Federal decidiu sobre o alcance da norma contida no inciso XXI do art. 5º da Constituição Federal, concluindo, por maioria de votos, que o dispositivo cuida da representação processual das entidades associativas, e não da sua atuação na condição de substituição processual.

A ementa do acórdão do RE nº 612.043/PR ficou assim redigido:

**EXECUÇÃO – AÇÃO COLETIVA – RITO ORDINÁRIO – ASSOCIAÇÃO – BENEFICIÁRIOS.** Beneficiários do título executivo, no caso de ação proposta por associação, são aqueles que, residentes na área compreendida na jurisdição do órgão julgador, detinham, antes do ajuizamento, a condição de filiados e constaram da lista apresentada com a peça inicial.

E a **tese relativa ao tema 499 da repercussão geral**, aprovada nesse julgamento, recebeu a seguinte redação:

A eficácia subjetiva da coisa julgada formada a partir de ação coletiva, de rito ordinário, ajuizada por associação civil na defesa de interesse dos associados, somente alcança os filiados, residentes no âmbito da jurisdição do órgão julgador, que o fossem em momento anterior ou até a data da propositura da demanda, constantes da relação jurídica juntada à inicial do processo de conhecimento (grifo nosso).

8. A peculiaridade do caso julgado ((**RE nº 612.043/PR**)) é assim descrita no voto do Min. MARCO AURÉLIO (Relator):

Determinada Associação propôs ação coletiva, sob o rito ordinário, contra a União, com base no art. 5º, n. XXI, da Lei Maior. Julgada procedente a ação e transitada em julgado a sentença, foi iniciada pela Associação a fase de cumprimento da sentença. O Tribunal Regional Federal da 4ª. Região, “veio a assentar, em sede de agravo, a necessidade de a peça primeira da execução vir instruída com a documentação comprobatória de filiação de associado em momento anterior ou até o dia do julgamento da ação de conhecimento, observado o disposto no artigo 2º-A, parágrafo único, da Lei n. 9.494/1997 (grifo nosso).

Esclarece que a Recorrente, associação autora da ação, na fundamentação do recurso extraordinário *“assevera possuir ‘legitimação extraordinária para a propositura da ação ordinária coletiva, atuando como representante processual dos servidores públicos federais a ela jungidos’ e “entende impertinente o instituto da substituição processual”, afirmando tratar-se de caso de “legitimação plúrima ad causam, segundo a qual a associação assume a condição de representante de um grupo ‘individualizado’ de associados”.*

Em virtude dessa fundamentação do recurso extraordinário, a Min. ROSA WEBER, em minucioso e bem fundamentado voto, esclarecendo que:

O recurso extraordinário veio por violação, nesse ponto, do art. 5º, XXI, da Constituição Federal, e nessa ótica lhe foi reconhecida repercussão geral e há de ser apreciado.

Em razão disso:

**Fazendo as distinções entre o instituto da substituição processual e o instituto da representação processual para entender que, no inc. XXI do art. 5º da Carta Política, está em jogo a representação processual, em que há necessidade de autorização prévia.**

Acompanhou o voto do Min. MARCO AURÉLIO (Relator).

No julgamento do recurso, a matéria definida como relevante foi o ***“momento adequado de exigir-se a comprovação de filiação daqueles representados pela Associação para fins de execução de sentença proferida em ação coletiva”***.

No voto do Min. MARCO AURÉLIO é mencionado o julgamento do RE n. 573.232/SC, Pleno, com o esclarecimento de que:

Embora a controvérsia, na medida em que admitida a repercussão geral, estivesse limitada, naquela ocasião, à necessidade de autorização expressa dos associados, acabou-se por avançar, em decorrência da óptica veiculada, no tema em discussão neste processo. Ficou assentado, então, o entendimento segundo o qual a extensão subjetiva do título executivo formado alcança somente os associados representados no ato de formalização do processo de conhecimento, presente a autorização expressa conferida à entidade e a lista contendo o rol de nomes anexados à inicial.

**9. O caso julgado, portanto, diz respeito à ação coletiva em que a associação atua na condição de representante processual de seus associados, denominada de “ação coletiva, de rito ordinário” (a ação foi proposta como “de repetição de indébito”, sendo convertida posteriormente por comando judicial em “ação coletiva”), não se tratando, portanto, de ação civil pública ou ação coletiva de tutela de interesses individuais homogêneos, em que a associação atua na condição de substituta processual.**

**10. À atenta leitura do acórdão, com os debates ocorridos durante o julgamento e com a explicitação feita pelo Relator por ocasião do julgamento dos Embargos de Declaração, ficou bem claro que a expressão “ação coletiva, de rito ordinário” não diz respeito à ação coletiva do microsistema brasileiro de processos coletivos, formado pela Lei da Ação Civil Pública e pelo Código de Defesa do Consumidor.**

Com efeito, o Min. MARCO AURÉLIO (Relator) nos Embargos de Declaração, esclarecendo o alcance da tese aprovada na apreciação do tema 499 da repercussão geral, deixou bem claro que a **tese é restrita às “ações coletivas de rito ordinário”** e que, no tocante às ***ações civis públicas***, o tema foi enfrentado no julgamento do extraordinário, quando em seu voto salientou a distinção, e para melhor esclarecimento dessa questão menciona os debates

ocorridos durante o julgamento, e transcreve o trecho onde constam as seguintes importantes ponderações para a perfeita compreensão da expressão “**ação coletiva, de rito ordinário**”:

- a) “o que não julgamos foi a problemática da ação civil pública”;
- b) em resposta à ponderação do Min. RICARDO LEWANDOWSKI, de que ficaria mais confortável com a expressa alusão à não abrangência da ação coletiva, o Min. MARCO AURÉLIO observou que **a tese proposta “é alusiva à ação coletiva de rito ordinário. A ação civil pública tem rito todo próprio”** e acrescentou: **“na tese, na própria tese, refiro-me, categoricamente, à ação coletiva de cobrança de rito ordinário”**;
- c) e diante da manifestação do Min. RICARDO LEWANDOWSKI de que se dá por satisfeito se o Min. MARCO AURÉLIO (Relator) está assegurando, na tese proposta e no voto que desenvolve, que **“o tema está circunscrito a esse processo de conhecimento de rito ordinário”**, declarou o Min. RELATOR, expressamente, que **a tese está restrita a “essa espécie de ação”**.

11. O ponto central do outro julgamento (**Recurso Extraordinário nº 573.232/SC**, em que se decidiu o **tema 82 da repercussão geral**) é a inteligência do art. 5º, n. XXI, da Constituição Federal, e a decisão se amolda perfeitamente, como anota o Min. MARCO AURÉLIO (Relator), ao RE nº 612.043/PR.

O Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Relator sorteado, esclareceu que a questão que se discute no recurso diz respeito, basicamente, ao exato alcance da expressão **“quando expressamente autorizado”**, contida no texto do inciso XXI do art. 5º da Carta Política.

Após intensos debates entre seus Ministros, concluiu o Excelso Pretório, por maioria de votos, que **o texto constitucional consagra o instituto da representação processual** em relação às **associações** e que, agindo na condição de representante, é imperiosa a apresentação de **autorização expressa**, que “pode decorrer **de deliberação em assembleia**”, para agir em nome de seus associados, **não bastando, porém, a mera previsão estatutária genérica**.

Ficaram vencidos os **Ministros Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa e Carmen Lúcia**.

**a) -Nesses dois julgamentos o STF não negou a possibilidade da associação civil agir na condição de substituta processual**

12. O **Min. MARCO AURÉLIO**, Relator do acórdão, deixou claro que, na formulação de seu voto, levou em consideração a distinção entre os institutos da **representação processual e da substituição processual**, embora o caso, pelas suas peculiaridades, seja “péssimo para elucidar essa dualidade”. Esclarece que a Associação autora ajuizou a ação de conhecimento com base no inciso XXI do art. 5º da Constituição Federal, juntando “*a relação dos que seriam beneficiários do direito questionado*” e também “*a autorização para atuar*”, fixando os limites do contraditório da parte contrária. “*Formado o título executivo judicial, como o foi, a partir da integração na relação processual da associação, a partir da relação apresentada por essa quanto aos beneficiários*”, concluiu o Relator do acórdão que não seria possível a integração na execução de outros beneficiários. Tendo a Associação autora juntado aos autos autorizações individuais, “*viabilizou a defesa da União quanto àqueles que seriam beneficiários da parcela e limitou, até mesmo, a representação que desaguou, julgada a lide, no título executivo judicial*”. Entende, assim, que:

Na fase subsequente de realização desse título, não se pode incluir quem não autorizou inicialmente a Associação a agir e quem também não foi indicado como beneficiário, sob pena de, em relação a esses, não ser sido implementada pela Ré, a União, a defesa respectiva.

Em seu voto, o **Min. TEORI ZAWASCKI** ponderou:

Aqui não está em questão a legitimidade de sindicato ou de associação para promover ação coletiva ou sua execução. O que se questiona é, unicamente, a legitimidade ativa de associado (e não de associação ou de sindicato) para executar em seu favor sentença de procedência resultante de ação coletiva proposta por sua Associação, mediante autorização individual e expressa de outros associados. Essa a questão.

A **Min. ROSA WEBER**, apoiada nas ponderações do **Min. TEORI ZAWASCKI**, deixou expressamente observado que no caso “*não cabe fazer qualquer distinção entre os institutos da representação processual e da substituição processual*”.

A respeito, ponderou o **Min. RICARDO LEWANDOWSKI** que, à época da propositura da ação, era um “*momento de penumbra, um momento cinzento em que o Supremo Tribunal e a doutrina não tinham assentado*” com clareza a distinção entre representação processual e substituição processual, e por isso “*a associação ad cautelam apresentou algumas autorizações, mas invocou o permissivo constitucional e a sua condição de substituta processual*”.

Prevaleceu, entretanto, o entendimento da maioria, de tratar-se de caso de **representação processual**.

#### IV) POSSIBILIDADE DE DISCIPLINA DA SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL PELA LEGISLAÇÃO ORDINÁRIA

13. Um ponto importante que deve ser sublinhado é que os acórdãos em análise, embora afirmem que o ***inciso XXI do art. 5º da Constituição*** consagra a **representação processual** da associação, *em nenhum momento negaram a possibilidade de a associação ser autorizada pelo ordenamento jurídico a agir por **substituição processual***.

O Min. MARCO AURÉLIO, nada obstante afirme que a Constituição faça distinção entre **associação** e **sindicato** (art. 5º, n. XXI, e art. 8º, n. III, da Constituição Federal), agindo aquela **por representação** e este **por substituição processual**, esclarece que a própria Constituição, no **art. 5º, inciso LXX**, no que diz respeito a **mandado de segurança coletivo**, iguala essas instituições, permitindo que “***associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros e associados***” atue em igualdade de condições com “partido político com representação no Congresso Nacional”, “associação sindical” e “entidade de classe”, isto é, na condição de **substituta processual**.

14. À época da promulgação da Constituição Federal, já se encontrava em vigor a Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7347, de 1.985), que no at. 5º, n. V, “a” e “b”, consagrou a legitimação extraordinária da associação para propor ação civil pública. E um dos requisitos para essa legitimação é o de estar constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil, o mesmo requisito previsto no dispositivo constitucional citado para a impetração do mandado de segurança coletivo.

À toda evidência, significa isto que a Constituição, embora tenha disciplinado no inciso XXI do art. 5º a **representação processual** da associação, não proibiu que o ordenamento jurídico pátrio consagrasse a possibilidade de a associação atuar também na condição de **substituta processual**, tanto que ela própria previu expressamente uma hipótese de substituição processual da associação (art. 5º, inciso LXX, CF). Não somente nesse dispositivo, como também no art. 129, inciso III, a **Carta Política de 1.988 claramente recepcionou o sistema de ação civil pública já existente à época de sua promulgação ( a Lei 7.347 é de 1.985), como se extrai da expressa referência à ação civil pública no art.129, n. III, e também no § 1º, e nesse sistema já estava expressamente prevista a substituição**

*processual da associação para a propositura da ação coletiva, o que, posteriormente, foi reafirmado no Código de Defesa do Consumidor (Lei n° 8.078/90), no art. 82, n. IV).*

Cabe ser sublinhado, ademais, que a Constituição Federal, ao disciplinar os direitos e garantias fundamentais, declara expressamente que a tutela deve ser dos *“direitos e deveres individuais e coletivos”* e no inciso XXXV do art. 5º, ao inscrever o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, não mais qualifica como *“individual”* o *“direito”* ameaçado ou lesado, como fazia a Constituição precedente.

15. A sede natural da disciplina da substituição processual é a legislação ordinária, embora a Constituição possa disciplinar hipóteses específicas, como o fez no art. 5º, n. LXX, “b”, e no art. 8º, III.

O CPC de 1973, no art. 6º, dispunha que *“ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei”*. O novo CPC manteve a mesma disciplina, apenas substituindo a expressão *“lei”* por *“ordenamento jurídico”*.

No microsistema de Processos Coletivos, formado pela Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/85) e pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90), temos normas expressas que conferem legitimidade às associações civis, legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa de interesses e direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, para propositura de ação coletiva. ***A legitimidade é conferida a título de substituição processual***, podendo a associação atuar, em nome próprio, em defesa de interesses individuais homogêneos de seus associados ou de toda uma categoria (cfr. art. 82, IV, do CDC e art. 5º, n. V, “a” e “b”, da Lei n. 7.347/85).

16. Na ação coletiva para a tutela de interesses individuais homogêneos, o autor da ação é um ente público ou uma associação que age na condição de substituto processual, e não na de representante processual. A defesa é dos interesses individualmente sofridos e que guardem entre si, pela natureza e origem, o vínculo da homogeneidade, ***mas, na primeira fase, a ação tem por objeto a fixação da responsabilidade do réu pelos danos causados a um grupo de vítimas, o que é feito por meio de “condenação genérica”***, em caso de acolhimento da demanda, nos precisos termos do art. 95 do Código de Defesa do Consumidor.

Nessa ***sentença condenatória genérica***, não há ainda a indicação de seus beneficiários, de sorte que, embora se diga que a fase seguinte é de liquidação de sentença, na verdade na ***sentença condenatória genérica*** há apenas a declaração do dever do réu de indenizar as vítimas do dano causado e por isso, após a sentença condenatória genérica há um processo de conhecimento complementar, em que serão determinados não apenas o *“quantum debeatur”* como também os próprios ***beneficiários da condenação declarada***. Portanto, na

primeira fase há apenas a definição do devedor e da natureza de sua responsabilidade quanto aos danos causados e a individuação e a definição do direito de cada credor serão feitas na segunda fase, em novo processo de conhecimento.

## V) DIFICULDADES PRÁTICAS RELACIONADAS À AÇÃO COLETIVA DE TUTELA DE DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

### a) CONCEITO DE DIREITOS INDIVIDUAIS “HOMOGÊNEOS”

17. Uma das dificuldades práticas, quando da propositura de uma ação coletiva para a tutela dos direitos individuais, consiste em determinar se os direitos individuais tutelados são realmente *homogêneos*, ou não.

E como bem ressalta SÉRGIO CRUZ ARENHART, em estudo abrangente e profundo sobre tutela coletiva de direitos individuais:

A categoria chamada de ‘direitos individuais homogêneos’ não é uma nova categoria de direitos subjetivos (ou materiais), mas sim uma forma processualmente distinta de tratar direitos individuais. Substancialmente, os direitos chamados ‘individuais homogêneos’ são direitos individuais enfeixados para tratamento coletivo. Olhados sob o prisma do direito material, permanecem com sua natureza própria e individuais (crédito, propriedade, etc.); o que os diferencia é a forma de tutela que o direito processual lhes atribui (A Tutela Coletiva de Interesses Individuais, RT, 2ª. ed., pág. 141).

18. Esses direitos individuais tuteláveis coletivamente devem ter entre si o **vínculo da homogeneidade**, não bastando o só fato de serem decorrentes de origem comum, como conceitua o inciso III do parágrafo único do art. 81 do Código de Defesa do Consumidor. Daí o nome “*interesses individuais homogêneos*”.

E somente serão *homogêneos* os interesses que, além da origem comum, tenham também a **predominância dos aspectos comuns sobre os individuais**. Além disso, para que tenha **utilidade** a tutela coletiva, é necessário que ela tenha efetividade superior à da tutela individual. Essa superioridade é comprometida quando os aspectos individuais forem maiores, de apuração mais complexa, dos que os aspectos comuns.

19. A respeito dessa relevante questão, a saudosa Profa. ADA PELLEGRINI GRINOVER informa que o Direito norte-americano, em relação às *class actions for damages*, em que se inspirou o legislador brasileiro para a concepção da ação coletiva para a tutela de interesses individuais homogêneos, consagra dois importantes **requisitos**, que são a

*prevalência das questões de fato e de direito comuns sobre as individuais* e o a *superioridade da tutela coletiva sobre a individual, em termos de justiça e eficácia da sentença* (Federal Rules de 1966, Regra 23, (b3)).

Esclarece que, no Direito brasileiro, o requisito da *prevalência da dimensão coletiva sobre a individual* tem grande utilidade “para aferir, do ponto de vista prático, se efetivamente os direitos individuais são, ou não, **homogêneos**. **Inexistindo a prevalência dos aspectos coletivos, os direitos seriam heterogêneos**, ainda que tivessem origem comum” (grifos nossos).

E acrescenta:

O requisito da *superioridade da tutela coletiva*, em relação à *individual*, em termos de justiça e eficácia da decisão, pode ser abordado, no Direito brasileiro, sob dois aspectos: o do **interesse de agir** e o da **efetividade do processo**”. “*Se o provimento jurisdicional resultante da ação civil pública em defesa de direitos individuais homogêneos não fosse tão eficaz quanto aquele que derivaria de ações individuais* - conclui a consagrada jurista – *a ação coletiva não se demonstraria útil à tutela dos referidos interesses. E, ademais, não se caracterizaria como a via adequada à sua proteção*”(grifos nossos).

Na proposta de atualização do Código de Defesa do Consumidor constou nova definição dos direitos individuais homogêneos para ressaltar o requisito da **utilidade da tutela coletiva**, nos seguintes termos: “*Art. 81, §1º, n. III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos aqueles decorrentes de origem comum, de fato ou de direito, que recomendem tratamento conjunto pela utilidade coletiva da tutela*”.

## 20. “Explique-se”, conclui a jurista:

A ação civil pública de responsabilidade pelos danos individuais sofridos conduz a uma sentença condenatória genérica, que reconhece a responsabilidade do réu pelos danos causados e o condena a repará-los às vítimas ou a seus sucessores, ainda não identificados (art. 95 do CDC). Segue-se uma liquidação da sentença a título individual, em que caberá provar, aos que se habilitarem, o dano pessoal e o nexo de causalidade entre este e o dano geral reconhecido na sentença, além de quantificar os prejuízos ou circunstâncias de situações diversas. Ora, a prova do nexo causal pode ser tão complexa, no caso concreto, a ponto de tornar praticamente ineficaz a sentença condenatória genérica do art. 95, a qual só reconhece a existência do dano geral. Nesse caso, a vítima ou seus sucessores deverão enfrentar uma fase de liquidação tão complicada quanto uma ação condenatória individual, até porque devem ser asseguradas as garantias do devido processo legal, e notadamente o contraditório e a ampla defesa. E a via da ação coletiva poderá ter sido inadequada para a obtenção da tutela pretendida”(grifos nossos) (Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto, Gen-Forense, 13ª. ed., págs.814-815).

No mesmo sentido, ANTONIO CARLOS FONTES CINTRA, que traz a seguinte precisa conclusão a respeito do tema no artigo intitulado “*Interesses individuais homogêneos: natureza e oportunidade de coletivização dos interesses individuais*”:

Os requisitos da superioridade do meio e da prevalência do interesse da classe, “importados” do sistema americano das class actions, são mecanismos de grande valia para a avaliação da presença da homogeneidade do interesse. A práxis tem demonstrado que quando existentes maiores peculiaridades do dano sofrido por cada integrante do grupo, demandando realização de provas individualizadas, a tutela coletiva carece de interesse processual. De nada adiantará uma sentença genérica que tenha de, em face de liquidação para aferição do quantum indenizatório de cada lesado ser submetida a dilação probatória tamanha que se perfaça, ao final, como um novo processo de conhecimento (*grifos nossos*) (Rev. Direito do Consumidor, Ano 18, n. 72, págs. 9 – 39).

É esse o entendimento, também, de CONSUELO YOSHIDA em sua obra “Tutela dos Interesses Difusos e Coletivos” (Ed. Juarez de Oliveira, 1ª. ed., 2ª. tiragem, 2006, pág. 212).

b) SENTENÇA “CONDENATÓRIA GENÉRICA” – NATUREZA DOS DIREITOS POR ELA TUTELADOS

21. A tutela é dos interesses individualmente sofridos que guardam entre si, pela natureza e origem, o **vínculo de homogeneidade**, mas na **primeira fase da ação haverá apenas a fixação da responsabilidade do réu pelos danos causados a um grupo de vítimas, o que é feito por meio de “condenação genérica”**, em caso de acolhimento da demanda, nos precisos termos do art. 95 do Código de Defesa do Consumidor.

Nessa **sentença condenatória genérica**, não há ainda a indicação de seus beneficiários, de sorte que, embora se diga que a fase seguinte é de liquidação de sentença, na verdade **na sentença condenatória genérica** há apenas a declaração do **dever do réu de indenizar as vítimas do dano causado** e por isso, após a sentença condenatória genérica haverá um **processo de conhecimento complementar**, em que serão determinados não apenas o “*quantum debeatur*” como também os **próprios beneficiários da condenação**. Portanto, **na primeira fase** há apenas a definição do devedor e da natureza de sua responsabilidade quanto aos danos causados e a individuação e a definição do credor e do seu direito serão feitas na segunda fase, **em processo de conhecimento complementar**.

Nas micro lesões, quando pela diminuta expressão econômica dos danos individuais os titulares dos créditos não se interessam em se habilitar para reclamar a sua parte, a condenação genérica será liquidada e executada no interesse de toda a sociedade, hipótese em

que sobressai a dimensão coletiva do direito tutelado pela sentença genérica (*fluid recovery*), mas sem perder a natureza de tutela de direitos individuais agrupados (art. 100 e parágrafo único do CDC).

22. Comentando o art. 95 do Cód. Defesa do Consumidor, anota **ADA PELLEGRINI GRINOVER** que, antes das “liquidações” e das execuções individuais, **“o bem jurídico ainda é tratado de forma indivisível, aplicando-se a toda a coletividade, de maneira uniforme, a sentença de procedência ou improcedência”** (Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos autores do anteprojeto, Gen/Forense, 13ª. ed., p. 828).

E a eficácia subjetiva da coisa julgada, nos termos do art. 103, n. III, é *“erga omnes, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores”*, todos os membros do grupo, da classe ou da categoria representada pelo substituto processual (associação ou outro ente legitimado).

**Na primeira fase, portanto, não se pode falar em titulares individuais de direitos**, e sim de direitos individuais agrupados e sem identificação de seus titulares, que serão determinados após a sentença condenatória genérica, sendo assim manifesto o caráter eminentemente coletivo da primeira fase da Ação Coletiva de tutela de direitos individuais homogêneos.

Assim, embora se afirme que se trata de tutela dos ***direitos ou interesses individuais homogêneos***, a **primeira fase desse processo tem caráter nitidamente coletivo**, sendo **indivisível, até a fase posterior de liquidação, o bem jurídico tutelando**.

Significa isto que, em se tratando de fatos que tenham abrangência regional ou nacional, a tutela jurisdicional dessa ação coletiva, em sua primeira fase, **deve ser molecular**, abrangente da totalidade, não tendo sentido seu tratamento atomizado, fragmentando-o em múltiplas demandas coletivas, que poderão dar origem a julgamentos conflitantes, não somente para litigantes distintos, como também até mesmo para um mesmo litigante que tenha atuação nacional, afrontando-se assim a lógica e a estratégia das ações coletivas, **consistentes em solucionar molecularmente um conflito de interesses coletivo**, evitando-se sua fragmentação que poderá dar origem à contradição de julgados, que compromete gravemente o princípio da isonomia.

O objetivo fundamental das ações coletivas é, exatamente, combater essa lógica da fragmentação que caracteriza o nosso sistema jurídico processual.

## **VI) PROJETO DE LEI N. 1.641/2021 E APERFEIÇOAMENTO DO SISTEMA BRASILEIRO DE AÇÕES COLETIVAS**

23. O Código de Defesa do Consumidor (CDC) e a Lei da Ação Civil Pública (LACP) se completam e formam uma só unidade jurídica para a tutela dos direitos difusos, coletivos estrito senso e individuais homogêneos (cfr. art. 90 do CDC e art. 21 da LACP).

Porém, a existência de duas leis disciplinando o Processo Coletivo brasileiro não tem sido bem assimilada pelos profissionais do direito, pelo legislador e pelos tribunais, causando alguns problemas.

Cito como eloquente exemplo o que foi recentemente decidido pelo Supremo Tribunal Federal a respeito da alteração do art. 16 da LACP, que disciplina a coisa julgada. O legislador, acolhendo a pressão de alguns segmentos da sociedade, alterou a redação primitiva, mantendo, porém, a disciplina da coisa julgada introduzida pelo CDC. Após longa discussão, a Suprema Corte declarou inconstitucional a alteração feita pelo legislador para limitar o alcance da coisa julgada “*nos limites da competência territorial do órgão prolator*”.

O **Projeto de Lei n. 1.641/2021**, em tramitação na Câmara dos Deputados, procura regular num só texto de lei toda disciplina das ações coletivas, procurando evitar problemas como o mencionado, e facilitando a compreensão do seu sistema pelos estudantes de Direito, pelos profissionais e também pelo público em geral, e procura, o que é mais importante, enfrentar e solucionar algumas deficiências do sistema vigente de ações coletivas, como a sua morosidade, as dificuldades na execução da sentença condenatória genérica de tutela dos interesses individuais homogêneos e adotando disciplinas inovadoras e soluções melhores para vários institutos do processo coletivo, inclusive com a disciplina da ação coletiva estrutural.

O Projeto de lei é produto do trabalho de mais de duas dezenas de renomados especialistas brasileiros em tutela coletiva de direitos, reunidos em Comissão formada pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual. Em homenagem à grande e saudosa jurista que mais atuou na concepção e no constante aperfeiçoamento das ações coletivas, o projeto de lei em análise foi denominado “Lei Ada Pellegrini Grinover”.

Esperamos que desta vez o projeto de lei de aperfeiçoamento do nosso sistema de processos coletivos seja apreciado sem preconceitos pelo Poder Legislativo e pelo Poder Executivo, em benefício de toda sociedade brasileira.